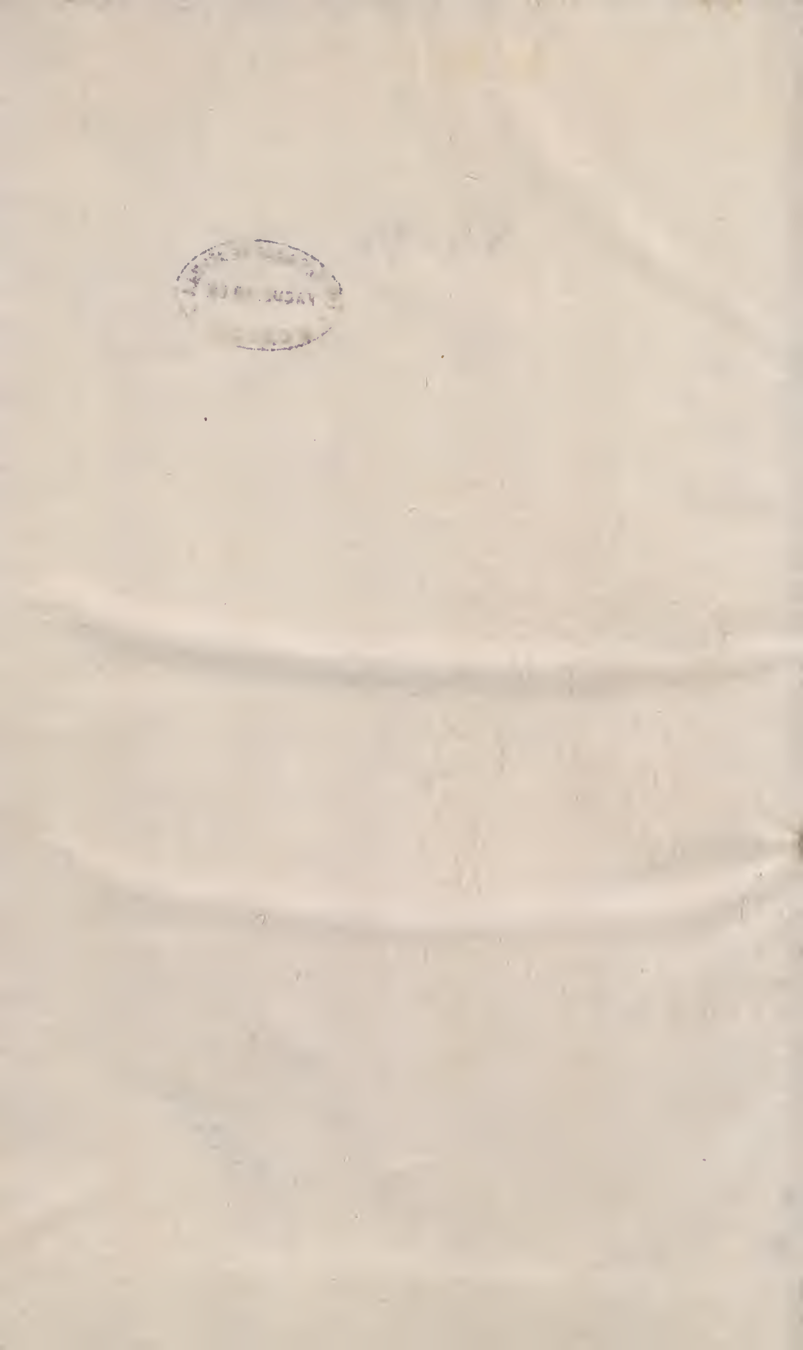


INDICE

De los Papeles Varios de que consta este Tomo 18, y sus assumptos &c.

Por dª Mariana Bustillo sobre un juro. — — — — — — — 171

Por Fran.co Machuca de Vargas con Juan Uriel de Rosales: sobre la baledación de una donación de un codicilo, q.e la Revoca. — — — — — 172

Por D.ª Cath.ª de Escobar = sobre q.e se le de dar q.e nula la oblig.on q.e hizo à la tutela de D.ª Ana Carrascosa, y se le debe conceder el beneficio de restit.on de sucdote 194

Por Sebastián Correa contra dª Ana Correa su sobrina sobre partición de bienes — 207

D.ª Ana de Vitoria Lopez con Juan Leron Maldonado = sobre si es, ò no valido un leg.do — 220

D.ª Bernarda Villaverde con d. Gonzalo de Leon, sobre la percep.on de una herencia — 234

Pedro de Salinas Villalpando con Juan de Bustamante sobre lesión en el arrendamiento de por vida de unas Casas. — — — — — 254

D.ª Mag.na Clut con d. Leonardo de la Cueva: sobre la cobranza de 800 ducados — 26

d. Guillen Clut, y otro con Man.l de Fonseca sobre la paga de una fianza — 27

d.ª Maria Rodriguez con Juan Dominguez &c sobre sucession, y herencia — 280

Martin de Eguizrea con Prudencio de la Renteria = sobre la possession, que este pretende de las dos terceras partes de los frutos, y aprovecham.to de Manao — 2

Otro sobre lo mismo — — — — 303 —

Por Man.l de Yraiberri con d. Cath.ª de Espinel: sobre la paga de una fianza — 312

Por Roberto Osnique con los acreedores de Guillermo Augustini — 32

Otro por los Acreedores. — — — — — 33

Por D.n Fran.co de Guzman con los her.os de Nicolas de Vargas sobre el heredamiento, y Villa de la Serrezuela. — — — 34

Otro q.e el mismo — 360 = Otro — 332 = Otro — 336 = Otro — 402

Por d. Justino de Saurequi sobre el decernim.to de su tutela. — — 42

Otro q.e el mismo con los acreedores de pedro del Carpio — 42

Otro en el pleito de acreedores con el conv.to de la Real de Sev.ª — 43

Simon de Almeda con Laritello de Sandoval sobre las recursas de una Escritura de alimentos — 443 = Otro — 454 = Otro — 457 = Otro — — — 46

d.ª Fran.ca con d. Juan de Torres sobre un juro — sobre las alcavalas de Cazorla — 4

Otro — 485 = Otro — 505 = Otro — — — 51

D.n Fran.co de Guzman con d. Juan L.s Melgarejo — sobre mayorazgo. Otro — 530 — 52

D.ª Sebast.na de Peza con Lope Ruiz &c en pleito executivo — 548 = Otro — 556 = Otro — 56

D. Fran.co Ferrete con d. Fran.co de Vargas sobre unas casas de q.e vida — 563 = Otro — 56

D. Juan de Saavedra con d.ª M.nica de Pedraza sobre mayorazgo. — — 5

Fran.co Ferrete con unos albaceas: sobre aver avido lesion en la venta de oficio de Escrivano de la Casa de la Moneda — 573 — — Otro — — 58

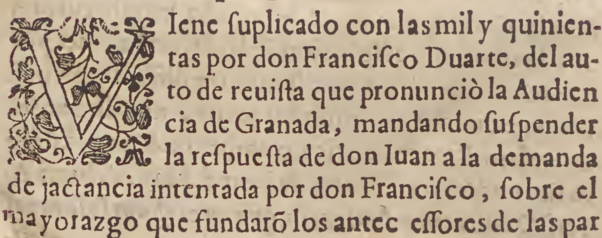

G.D
Retrato del Ven.e Padre FERNANDO
de CONTRERAS Capellan del Choro de la S.ta
Patriarchal Igl.a de Sevilla, Collegial del mayor
de S.n Ildefonso Vniu.d de Alcala, Obispo electo de
Guadix, y Redemptor de Cautivos; Nacio en Se-
villa año de 1470, y murio el de 1548. està Sepul-
tado en Lugar maravillossamente destinado
delante del Choro de dha S.ta Igl.a
f. Bouche



POR DON IVAN DE Ynestrosa, y doña Ana Ceron su muger.

CONTRA Don Francisco Duarte.

SOBRE Los articulos del grado y retencion que pretende.


Viene suplicado con las mil y quinientas por don Francisco Duarte, del auto de reuista que pronunciò la Audiencia de Granada, mandando suspender la respuesta de don Iuan a la demanda de jactancia intentada por don Francisco, sobre el mayorazgo que fundarõ los antecessores de las par



tes,hasta que la causa de legitimidad començada en la Rota,se determinasse.

Esta suplicacion no puede auer lugar, atento que no cae sobre sentencia difinitiua, sino interlocutoria:porque la suspēsion del processo no toca al negocio principal,antes le dexa indeciso,y pendiente para proueer justicia,y oyr las partes,quando lo tocāte à la legitimidad estè acabado en Roma,que entonces procederá la Audiencia. Y hallandose desembaraçada de inconuenientes y dificultades, podra estimar la fuerça y valor que respeto de la sucession tuuierē los executoriales de Roma, vsando de su juridicion en lo temporal, que es adjudicar el mayorazgo a quien pertenece. Vnde occurit certissima regula: *Quod sententia dicitur interlocutoria,quæ non perimit ius partis in causa principali,quamuis huiusmodi interlocutoria nullam aliam expectet sententiā post se in eadem instantia, & contineat irreparabile præiudicium*,vt pulchrê discutit Gaspar Caualin. in addition.ad Anton.de Butr.cons.6 verb. *Interlocutoria*,fol 5.Franc de Aretin.cons.119.numer.2.3.& 4.Cardinal.Thusc.tom.7.conclus.111.num.15. folio 154 y assi la sententia que solamente va endereçada al orden del processo, nunca puede llamarse difidifinitiua,Bald.cons.344.num.1.vers. *Præterea non fertur super principali causa, sed super processibus*, lib.1.fol.111.Corneus cons.262.num.8. volumin.4. donde añade,que aunque de la dicha interlocutoria avia de resultar la resolucion de lo principal, no por esso se haze difinitiua:quia sententiæ diffinitiuæ vocātur,quæ directo perimunt ius partis, non in consequentiam.Ripa in rubrica,num.12.15.& 16. ff.de re iudicat.additio ad Anton.de Butr.d.cons. 6.litera A. vers.*Omnis enim sententia,quæ processum solum respicit,*

picit, dicitur interlocutoria. Y quando tenga fuerça de difinitiua, con las calidades que la parte contraria le quisiere atribuyr, tenemos ley expressa del Reyno que lo incluye, y preuiene todo, y deniega el remedio intentado, vt patet in l.6.tit.20.lib.4. Recopilat. ibi: *Ordenamos y mandamos que de la sentencia interlocutoria que fuere dada, o se diere en grado de reuista por los del nuestro Consejo, o por el Presidente, y Oydores de qualquiera de las Audiencias, aunque tenga fuerça de difinitiua, y pare perjuyzio al negocio principal, y aunque no se pueda reparar por la segunda suplicacion, que no pueda ser suplicado, ni se admita suplicacion con la pena, y obligacion, y fianças de las mil y quinientas doblas.* Y assi el abogado contrario se allanò en estrados, diziendo que el suplicar auia sido cautela para traer el pleyto al Cõsejo, y pedir retencion. De suerte que solo insiste dõ Francisco en que el Consejo retenga la causa.

Sobre este articulo tambien està vẽcido; porq̃ hallarà V.m. q̃ quãdo la Audiencia pronũciò el primer auto, declarando que no auia lugar respõder dõ Iuã à la demanda, hasta que la Rota proueyesse sobre la legitimidad: el mismo don Francisco Duarte acudio al Consejo, diziendo, que la Audiencia le hazia notorio agrauio, en conocer de su causa, por ser del Consejo de Indias, y auer ley del Reyno que defiere al Consejo priuatiuamente todas las causas de los ministros, y criados de su Magestad, y que ni mas ni menos era manifiesta injusticia y ofensa de la juridicion Real, que se suspediesse la contestacion, esperando el juyzio de la Rota: y alegò y presentò el exẽplo del Estado de Ayala, y pidio retencion por los mismos fundamentos que oy la pretende, sin discrepar

crepar en coſa alguna. De lo qual ſe dio traslado a don Iuan, y no reſpondio en forma: pero yo me halle a la viſta del negocio en todo el Conſejo pleno, porque aunque paſſaua en la ſala de juſticia, no quiſieron los ſeñores della determinar articulo de tan gran conſequencia, y aſsi le remitieron a todo el Conſejo, y alli dixe quanto al priuilegio de los criados, y miniſtros del Rey, que no procedia en las cauſas ya ſentenciadas por tenuta, atento que ay ley nueua, y eſpecial, dando forma preciſa, para que en propriedad ſe remitan à las Audiencias. Vltimum enim ſtatutum ſpecialiûs præfertur, primo etiam pleniſsimê diſponenti, Oſaſcus deciſione 167. numero 16. Decius conſilio 44. numero 7. Alderan. Maſcardus de ſtatut. concluſione 8. numero 8. 19. & 20. folio 320. & 321. Caualcanus deciſione 6. numero 4. volumi 1. ſubijciens, quôd generalis conſtitutio præcedens, ſeruabitur in omnibus alijs caſibus, de quibus lex noua ſpecialiter non loquitur, ipſa autem lex tanquam ſingularis, in caſu ſuæ ſpecialitatis ſuſtinebitur, & hoc ampliat, ſiue conſtitutio ſpecialis pręcedat, ſiuê ſequatur: quia ſpecies derogat generi in conflictu duarum conſtitutionum diuerſimodê loquentium. Corſetus in ſingularibus, verbo, *Statutum*. 5. numero 1. Gozadinus conſilio 72. numero 10. Donde reſuelue, que quando vn eſtatuto trata de todas las cauſas generalmente, adjudicandolas à cierto Tribunal: y otro atribuye vna cauſa particular a diferentes juezes, dando en ella expreſſa forma, como la dio la ley de las tenutas, mãdando que la poſſeſsiõ ſe trataſſe en el Conſejo, y q̃ deſpues de pronũciada la ſentencia ſe remitieſſe luego à las Chancillerias

ſobre

sobre la propiedad. Esta constitucion especial ha de preualecer a la general, que remitia todas las causas de los criados y ministros del Rey al Cõsejo; y es excepcion de aquella regla para que este caso sea priuatiuamente de las audiencias, sin que otro tribunal se interponga en su conocimiento, y assi lo hemos visto praticar en el pleyto de Orellana, dõde la remissiõ se hizo a la Chãcilleria de Granada, aunq̃ don Garcia de Figueroa era de la Camara de su Magestad. El pleyto de Berlãga, y el de Arnedo se remitio a Valladolid, aunq̃ el Cõdestable era del Consejo de Estado, y Guerra, y el Conde de Nieua es mayordomo del Rey. Lo mismo se hizo con la Audiencia de Granada sobre el Cõdado de Medellin, aunq̃ don Pedro Portocarrero era mayordomo. El Cõdado de Alua se litiga en Valladolid, siẽdo el Marques de Tauara de la Camara de su Magestad. En el Condado de Cifuẽtes se opuso el Marques de la Laguna, pidiẽdo retencion por ser mayordomo mayor de la Reyna nuestra señora, y del Cõsejo de Estado, y Guerra; y se le denegò: y no obstante que desde el principio litigaua el señor don Luys de Padilla siẽdo del Cõsejo; fue remitido el pleyto a la Chãcilleria de Valladolid, y seria proceder in infinitũ referir todos los exemplos que ay para este proposito.

Quanto a la suspension de la instancia hasta q̃ pronunciasse la Rota, aunque los Abogados contrarios encarecian mucho que era perniciosa consequẽcia, y que el cap. tuam, no deuia guardarse, ni el Consejo lo auia de permitir, dixe entonces, y agora lo repito como fundamento ineuitable, que en Castilla ha sido vario el estilo: pero quando la suspension se ha denegado, como en lo de Ayala, ha sido en pleytos de puro hecho, donde no auia otro articulo mas que

verificar la buena fee de los contrayentes, o de qual quiera dellos, porque la nulidad del matrimonio era euidente, y estaua executoriada. Vtrum autem quis bona, vel mala fide possideat non ad ius, sed ad factū pertinet. l. bonæ fidei. §. in contrarium. ff. de adquirendo rerum domin. de manera que el caso fue abstraydo de toda question de derecho, y estos son los terminos en que dize Baldo in l. filium, nu. 20. ff. de his, qui sunt sui, vel alieni iuris, *quod non sunt aures iudicis secularis impassibilis ad hoc audiendum:* pero no siendo question de puro hecho, sino de derecho, ô por lo menos mixta de lo vno, y de lo otro, y sucediendo en causa espiritual, como es el matrimonio, y legitimidad de los hijos, no ay duda que la parte tocante al derecho se reputa por principal, y trae assi todo el hecho, y ambas cosas juntas pertenecen al Eclesiastico; y en el interin no ha de proceder el seglar, como lo vimos en la causa de Puñoenrostro, y lo resuelue doctissimamente Arnaldo Albertino de agnoscend. assertionibus Catholicis, q. 25. nu. 52. & 55. Menoch. cons. 366. nu. 37. Prosper. Farinac. q. 8. num. 25. Barbosa de cuya distincion no se acordô el Abogado contrario, pues le alegô por si in l. Titia, num. 28 ff. solut. matrimon. ibi: *Unde cùm hoc casu necessario mixti interueniat quæstio facti, & iuris, ne continentia causæ diuidatur, cognitio vtriusque debet remitti ad Ecclesiasticum.* Y con esta aduertencia ninguno niega la obseruācia del cap. tuam, de ordin. cognitio. quando el pleyto no se sigue sobre vn simple despojo, o tenuta, vt in cap. causam, qui filij sint legit. sino sobre la propiedad, vt in specie nostra, & in cap. lator, eod. tit. pulchrê ita distinguens Ioan. Garcia de nobilitat. glos. 1. nu. 27. Cassian. Puteus lib. 2. q. 28 nu. 39. Petr. Morla in emporio iur. p. 1. tit. de iuris

dictio.

dictio.omn.iudic.nu.164.& 165. Mieres de maiorat. 3.p.q.15.nu.19. Parlador.in sexquicenturia, differentia 9.§.1.nu.34. Gaspar Rodriguez de annuis redditibus, lib.1.q.17.nu.65. porque nuestra ley 56.tit.6.p. 1.reconoce que los pleytos sobre el matrimonio, ô nacimiento legitimo de los hijos son materia espiritual, ibi: *Que aquellas demandas son espirituales q̃ se fazen por razon de diezmos, e de primicias; o de ofrendas, o de casamiento, o sobre nascēcia de home, o de muger si es legitimo, o non*. Y cōfessando este presupuesto, siguese necessariamente, q̃ quando la sucession temporal resultare de auer nacido el hijo legitimamente, y de legitimo matrimonio, esta calidad viene a ser excepcion prejudicial, respeto de la herencia, y por el consiguiente es forçoso que la instancia sobre el mayorazgo, ô patrimonio se suspēda hasta que la legitimidad se determine por el tribunal de la Yglesia: porque el seglar aunque sea por incidencia, no es capaz de proceder en los casos espirituales, Bald.consi.141.nu.8.vol.1.ibi: *Causa etiam filiationis decidēda est per ius canonicum, tā principaliter, quā incidenter, vt extra de ordin.cognit.c.tuā, & c.lator, qui filij sint legit. tam in causa prima, quā appellationis, vt ibi patet*, y el propio Baldo in eod. c.tuā, col.1.in princ. aduierte, que es orden essencial, *vt prius cognoscatur per Papā super quæstione præiudiciali nataliū, & ideò interim dixit, quòd Rex patiēter expectet, quia quadā confusio oritur, si ordo iudicij perturbatur*. Y añade luego, q̃ desta manera se conseruan ambas juridiciones cada qual en su tiēpo, porque pendiente la question de legitimidad, espera el juez seglar la resolucion del Pontifice, y auiendola dado, buelue el negocio al juez seglar para que pronuncie sobre la herencia: con lo qual satisfaze cada vno a su ministerio, y la potestad Real no se ofende,

ni

ni disminuye, pues le queda reseruado lo que confor me a derecho le pertenece, mirabiliter Vincent. de Franch. decis. 512. nu. 1. 2. & 3. Donde concluye, que aunq̃ en Napoles ay constitucion particular, que co miẽça, *Si viriliter agens*, por la qual se manda, q̃ las excepciones perjudiciales, no suspẽdan el processo, nihilominus non manet sublata dispositio, text. in c. tuam, de ordin. cognitio. porque la constitucion pro cede en los casos de que son capazes los juezes segla res, vnde subscribit, *Et hoc iure quotidiè vtimur in iudicijs petitione hæreditatis, dotium, & ante facti, & professionũ: nam quando dubitatur de validita- te matrimonij, vel professionis, remittimus decisio- nem validitatum, vel in validitatum ad iudicẽ Ec clesiasticũ, & interim nos in causa supersedemus.* Idẽ Vincent. de Franch. decis. 551. nu. 8. & 9. ibi; *Conclu- sum enim fuit, quod quando in causa prophana, quæ est mota coram iudice laico, incidit, seu emergit arti- culus merè spiritualis, vtputá legitimitatis matrimo nij in causa petitionis hæreditatis, licèt in alijs arti- culis amplietur iurisdictio iudicis secularis. l. quoties C. de iud. nihilominus in hoc articulo non propaga- tur, nec ampliatur, ex quo de eo nullo modo cognos- cere potest, sed hic articulus remittitur decidendus ad iudicem Ecclesiasticum, tanquam concernẽs quid merè spirituale, de quo iudex laicus non modo est in- cõpetens, sed penitus incapax ex toto genere, imò se- cularis iudex cogitur suam decisionem expectare, & secundùm eam decidere.* Gammiã decis. 207. num. 5. Ioann. Gutierrez libr. 3. practicar. quęstio. 26. num. 2. & 3. Petrus Barbosa in l. Titia, numer. 21. prope fi- nem. ff. solut. matrimon. Azeuedo in l. 10. nume. 43. titul. 1. libr. 4. Recopilatio. fol. 34. Peregrinus consil. 49. numer. 9. versic. *At vbi incidens*, volumin. 5. fo- lio. 91.

Y me-

Y mejor que todos examina este punto Paulo de Castro, consi. 2. num. 1. vsque ad 3. vol. 2. donde considera, que quando la parte contraria solamente opone que no interuino matrimonio, porque no precedieron palabras ni contrato matrimonial: Esta se llama question de hecho: pero quando passa adelante, diziendo q̃ tal qual fue el matrimonio contrahido, no causò bastante rayz, y sustancia, ni tuuo valor, ni pudo dar materia para que los hijos fuessen legitimos. Aqui no solamente viene mezclado el hecho, sino el derecho, y todo junto deue remitirse al eclesiastico, por no diuidir la continencia de la causa: y porque el hecho tocante al matrimonio, es del fuero de la Iglesia, como lo es el mismo matrimonio, atque ita in hac specie distinctio, vtrum sit questio iuris, vel facti non videtur admittenda. En nuestro caso quando presentamos el breue Apostolico, habilitando la rayz del matrimonio, entre Martin Ceron, y doña Ana Manuel su prima hermana, no solamente replicò don Francisco Duarte, que nunca auian contrahido de presente, ni de futuro, y que los hijos no eran legitimos, sino que el Pontifice no auia querido, ni podido dispensar, in radice matrimonij: y que las palabras del breue no eran suficientes para legitimar los hijos desde su principio, ni para hazerlos habiles, como nacidos de legitimo matrimonio. Concurren pues, y estan juntamente alegadas las questiones de hecho y las de derecho, ergo coniunctim, & pariformiter omniũ remissio debuit fieri ad ecclesiasticum, & interim supersederi.

Y esta suspension y remission, es forçosa y necessaria, no solo despues de començado el pleyto de la propiedad, sino antes de contestarle, porque si estuuiera ya pendiente, seruira de impedir la prosecu-

cion, y sino se huuiere contestado, seruirá para no darle principio hasta esperar la decision de Roma, como don Iuan pretende, Abb. in dict. cap. tuam, num. 7. de ordine cognitio. Ioan. Gutierr. lib. 3. practicar. quęst. 26. nu. 4. & 5. vbi ad tex. in eod. cap. tuam, subiungit, *Et quamuis ibi euidenter minime constet an causa temporalis prius fuerit intentata, vel post spiritualem, ratio illius tex. militat in vtroque casu, quia perit quod iudicabitur in praiudiciali, constabit quid faciendum sit in causa successionis, quæ ab illo dependet: itaque vtroque modo procedit text. ille, siue causa temporalis pracedat, siue subsequatur spiritualem:* Burgos de Paz cons. 40. num. 10. vsq; ad 16. donde aduierte, que aun es mas facil de tener el juyzio seglar, quando antes de començar preuino la Rota el articulo de la legitimidad, porque supuesta la preuencion, no ay para que tratar si es articulo de hecho o de derecho, pues el hecho de los matrimonios quando en el solo, simple, y desnudamente consistiesse la vitoria, por lo menos es mixti fori: y si el eclesiastico preuiene, no puede interponerse el seglar, iuxta notata per Philipp. Dec. in l. magistratus, colum. fin. ff. de iurisdictio. omni. iudic.

Propuse tambien al tiempo de la vista otro fundamento, que mouio al Consejo eficacissimamente, videlicet, que para los efetos del breue en fauor de los padres y de los hijos, no fue necessario llegar al hecho, si se desposaren de presente, ô de futuro Martin Cerõ, y D. Ana Manuel, sino al puro derecho conuiene a saber, si por ser ambos solteros, y personas tã calificadas, huuo entre los dos antes q̃ se jũtassen afecto matrimonial: y si este afecto se presume por auer tratado de pedir dispẽsaciõ, y por auerla obtenido, y efetuado el matrimonio, cõ las solenidades

de la

de la Iglesia, y si el tal afecto presumpto, hizo rayz de matrimonio, sobre que cayesse la dispensacion del Pontifice: y si las palabras de su concession fueron bastantes para legitimar los hijos en fuerça de matrimonio præexistente, y si legitimados en esta forma, quedaron capazes para ser admitidos a qualesquier herencias, sucessiones, y prerogatiuas, donde estuuieren llamados hijos legitimos, y de legitimo matrimotio nacidos: los quales articulos son consecutiuos el vno del otro. Porque quanto a lo primero, es dotrina comũ, que solo el afecto marital, haze rayz dispensable, y que el no poder dispensar su Santidad in radice matrimonij, procede solamente quando no ay sustãcia de matrimonio en consentimiẽto actual o en afecto de las partes, Ioann. Andr. in c. per venerabilem, nu. 30. qui filij sint legitim. donde interpretando la glossa de aquel texto que dixo no tener potestad el Pontifice para legitimar la prole en lo temporal, concluye que su opinion ha de entenderse. *In prole genita ex coitu non matrimoniali, saltim ex affectu vel consensu*, significando que si fue matrimonial la copula, ô por consentimiento, ò por afecto, qualquiera destas dos cosas, es materia habil para legitimar los hijos, in radice, y entonces la sucession temporal viene por necessaria consequencia del matrimonio antecedente, Anton. de But. in eod. tex. nu. 10. Abb. n. 21. Ancar. in c. vnico, n. 3. de spon. lib. 6. ibi. *Quia talis prolis nõ fuit nata ex matrimoniali coitu saltim affectu, vel consensu*, Marti. Laudẽ. in tract. de legitim. §. *Saluo nunc saniori consilio*, n. 85. vbi etiã recenset, *Quod opinio Bernardi, quod Papa nõ possit legitimare in terris imperij est vera in prole nata ex coitu non matrimoniali, saltim ex affectu, vel consensu, cum Papa non possit facere, vel supplere*

con-

consensum naturalem, vbi non fuit, Cassian. Puteus, lib.2.quæst.28.num.59.

Quanto al modo de prouar el afecto, dezimos que no requiere informacion exterior, sino que basta la presuncion legal, de que Martin Ceron y doña Ana Manuel, no auian de juntarse carnalmente, sin animo de pedir dispensaciõ, y casarse como despues lo hizieron, argument. tex. in l. cum quis a muliere libera, C. de naturalibus liber. ibi: *Nec enim verisimile est, eum qui postea, vel donationem, vel dotem conscripserit, abinitio talem affectionem circa mulierem non habuisse, quæ eam dignam esse vxoris nomine faciebat*, Surd. cons.213. num.17. volum. 2. Alciat. cons.52. lib.9. nu.4. & 5. Ossasc decis.154. num. 4. fol.185 ibi: *Vt scilicet, qui hodie nuptias cum aliqua contraxit, ex qua antea liberos susceperat, præsumatur eundem animum ab initio, & affectum habuisse contrahendi matrimonij*. Y por este afecto presumpto, determinô la Rota lo mismo, in causa Pampilonensis illegitimitatis, sobre otra dispensacion, in radice, his nempe verbis: *Tùm etiam, quia sufficeret affectio, vel consensus in matrimonium elicitus ex præmissis: videlicet, ex petita dispensatione post copulam, & prolem, & ex subsecuto matrimonio, quæ sunt tantæ virtutis, vt dicendum sit, non adfuiße impedimentum à principio, & tunc vere cõtractum fuisse matrimonium*. De que hizo mencion la Rota en la decision de nuestro pleyto, col.4. & 5. cuya copia se da con este papel.

Y quanto a las palabras del breue, si legitimaron los hijos a parte ante, scilicet, ex prima radice coniugalis affectus, ô a parte post ex die matrimonij solemniter celebrati, la dificultad y disputa que ay sobre su inteligencia, fuera de ser pũto de derecho, es caso

reser-

reſeruado al Pontifice, interpretar la clauſula de ſu reſcripto,cap.cum veniſſent,de iudic.cap.examinata,de confirmat.vtil.vel inutil.l.ex facto, ff. de vulgar.l.Neratius,ff.de regul.iur.l.27.titul.18.p.3.

Y en quanto a lo vltimo, que es comprehenderſe el hijo legitimado in radice matrimonij, ſub appellatione legitimi, & de legitimo matrimonio progeniti,no puede negarſe,que viene a ſer conſequencia de lo antecedente, porq̃ ſi la legitimacion in radice ſobre el afecto conyugal, ô conſentimiento, reduze las partes al miſmo eſtado, que ſi deſde el principio huuieran contrahido matrimonio verdadero, y de alli nacieran todos ſus hijos, claro eſtâ, que conſiguen priuilegio y nombre de hijos legitimos, y nacidos de legitimo matrimonio, vt expendit Socin.Senior in l.Gallus, §. ſi eius, num.5. ff. de liber.& poſth.Beroi.conſ.23. num. 13. & conſ. 180.nu.11.volum.2.Caſsian.Puteus,dict. quæſt.28. num.64.Peregrin.de fideicommiſſ. artic.23. nu.45. & art.24 num.80.

Siendo pues eſtas queſtiones de derecho,que no conſiſten en prouança, ſino en la preſumpcion y diſpoſicion de la ley,y perteneciendo a la rayz del matrimonio y â ſus efetos,interpretaciones y cõſequẽcias:notoria incapacidad tienen los juezes ſeglares para ſu determinacion,y aſsi la Chancilleria ſuſpẽdio juſtiſsimamente la reſpueſta de don Iuan a la demanda de don Franciſco, haſta que la Rota acabaſſe de reſoluer los articulos del matrimonio,y ligitimidad ſobre que ſe litiga. Y auiendome oydo el Cõſejo pleno obtuuo don Iuan autos de viſta y reuiſta, en que ſe mandô, que don Franciſco Duarte ſiguieſſe ſu juſticia, denegandole la retencion que pretendia por las miſmas cauſas que oy la intenta.

D Y aun-

Y aunque despues de los dichos autos pidio declaracion sobre si aquello se auia hecho por guardar el decoro a la Chancilleria, para que proueyesse en reuista, y de alli resultasse, si el pleyto se auia de retener, boluiò el Consejo a dezir: *Que siguiesse su justicia;* en confirmacion de los autos passados, segun lo qual ya le obsta excepcion de cosa juzgada, pues repite los mismos fundamentos y considera-ciones, en que entonces se fundaua la retencion, & nefas est litem alteram consurgere ex primæ litis materia, l. terminato, C. de fructibus, & litium expens. l. singulis, ff. de except. rei iud. Y pues contra los autos de vista y reuista de la Audiencia, no se admite otro remedio, sino la segunda suplicacion, y esta no puede auer lugar en el caso presente, por ser autos interlocutorios. La retencion pedida por don Francisco es fuera de proposito, y no tiene forma, ni camino para justificarse.

Vltimamente se suplica â V.m. aduierta, que antes que el dicho don Frãcisco Duarte pusiesse la demanda de jactancia en la Chancilleria, se intētô por parte de la dicha doña Ana la causa de su legitimidad, porque luego que se dio en el Consejo la sentencia de tenuta en fauor del dicho don Francisco, la dicha doña Ana parecio ante su Santidad, y le hizo relaciō de la dicha sentencia, y de como el Consejo auia remitido el negocio en la propiedad a la Chancilleria; y que antes de empeçar este juyzio de la propiedad, la conuenia se declarasse, que ella era nacida de legitimo matrimonio, porque la dispensacion que dio la Santidad de Gregorio XIII. auia sido in radice matrimonij, y auer procedido bastante rayz sobre que cayesse, y que esta declaracion se hiziesse con citacion del dicho don Francisco Duarte; y su Sãtidad

por

por tratarse de la interpretacion del dicho su breue de dispensacion, cometiò la causa a su Rota: la qual dio sus letras ordinarias de citacion y compulsoria contra el dicho don Francisco, y demas interessados: las quales letras Rotales se truxeron al Consejo por parte del dicho don Francisco, pidiendo se retuuiessen en el, alegando lo mismo que oy alegan, y por autos de vista y reuista del Consejo se mandarõ boluer a la dicha doña Ana las dichas letras de citacion, para que vsasse dellas: cõ los quales autos virtualmente se declarò por el Consejo ser cosa justa q̃ se siguiesse el dicho juyzio de la legitimidad en la Rota, antes que no el de la propiedad en la Chancilleria: y ansi se ha ydo prosiguiendo, y porq̃ el dicho don Francisco fue citado, y parecio en la Rota, y cõtestò la demanda de la dicha doña Ana, contradiziẽdo lo que por ella se pedia, y sustanciada la causa legitimamente, se ha dado sentencia en fauor de la dicha doña Ana, de que està apelado por parte del dicho D. Francisco, y cometida segunda vez en la Rota, y recebido la causa a prueua a instancia del dicho don Francisco.

De lo qual se infiere, que carece de fundamento la demanda de jactancia que se puso por el dicho dõ Francisco, por ser con malicia afectada. Tûm, respeto de la introduccion y pendencia de la causa de legitimidad que estaua introduzida en la Rota, ex traditis per Robertum Lancellot. tractat. de attentatis, 2. p. cap. 4. de attentatis lite pendente in præfatione, nu. 30. Y es cosa cierta, que con sola la citacion que se hizo al dicho don Francisco se preuino la causa por la Rota, cap. proposuisti, de foro competenti, vbi Panor. & Socin. num. 4. Clementi. final. vt lite pendẽte, cap. cum plures, de officio delegati in 6.

Ac proptereà iudicium ex aduerso deductũ prætextu, & colere prætẽsæ diffamationis admitti nõ valet, vt formaliter decidit Andreas Gail, lib. 1. practic. obseruation. 11. num. 3. ibi: *Istis præmissis videndum vtrum prauentio locum habeat in iudicio diffamationis, distinguendum inter vtrumque iudiciũ diffamationis, & actionis. Primo casu prauentioni locus erit ex sola citatione, ita vt iudex concurrens non possit postea diffamatori præfigere terminum agendi vel accusandi, sub pœna perpetui silentij; sed vbi iudicium cœptum ibi finem accipere debet, text. in l. vbi cœptum. ff. de iudicijs, & in dict. cap. proposuisti, & in l. si quis postea, de iudicijs, cum similib.*

Tum etiam, quia ad hoc, vt remedium d. l. diffamari, itentari possit, requiruntur plura, de quibus per Cæsar Contardum in suo eleganti commentario, ad eãdem l. diffamari, & per Bartholomæum Barrerium, in alia eiusdem legis repetione, & per Anton. Gabrie. lib. 2. tit. de actionib. conclus. *6*. & per nostrum Couarru. lib. 1. variar. c. 18. & per Suarez de Paz in praxi. 3. tom. c. 9. §. 1.

Et intereà primò requiritur, quòd causę cognitio præcederet, ex qua saltim summariè constaret de iactatione, vel infamatione facta sine causa, secundum Bart. in l. Titia, in fin. ff. de accusation. & per Bald. in l. si ob commissa. *C*. ad legem Iuliam, de adulter. Angel. in princip. instit. de except. num. 23. Alex. in l. si finita. §. eleganter, num. 26. ff. de damno infecto, Ant. Gabr. d. conclus. 6. num. 24. Couarru. d. c. 18. num. *2*. Ioseph. Ludouic. decis. Lucensi. 32. num. 4. pulchrê Cæsar Contard. in limitationib. ad d. l. diffamari, nu. 77. ibi: *Quartò limita, vt hæc lex procedat aduersus diffamantem sine causa, & intellige, quod tuuc quis diffa-*

diffamet sine causa, quando diffamato nulla possit imputari culpa, in terminis enim huius legis præsupponitur à diffamato culpã abesse, vt per Purpur. in l. 2. nu. 61. C. de edendo. Rursus id intellige, quatenus super nullo iure fundetur diffamatio, secus si diffamans occasione alicuius iuris præsumptionem calumniæ excludat. Et rursus ibi: *Facitque textus noster à contrario sensu, cum per iniquum esse dicat errore, seu malignitate, quorundam ingenuorum statum diffamari. Quatenus igitur absit error, vel malignus animus à diffamante hunc terminum ad agendum iudicem præstituere, non erit æquum, repugnante iuris regulam, vt nemo inuitus agere, vel accusare cogatur, sit igitur cautus aduocatus, vt vel culpam in diffamante probet, vel calumniam, aut errorem, secundum ea, quæ nunc diximus.*

Itaque, siẽdo cierto que en la dicha doña Ana no ha auido ninguna culpa, ni presũciõ de calunia, por donde se pueda presumir que maliciosamente dilata el poner la demanda de la propriedad, sino que justamente lo haze, esperando el sucesso del pleyto de la dicha su legitimidad, antes si alguna culpa o calunia se puede presumir, es en el dicho don Francisco, que maliciosamente quiere que la dicha doña Ana intente antes de tiempo el dicho juyzio de la propriedad, no es justo que sea compelida â responder a la dicha demanda de jactãcia, & in vita litigare, vt dixit Cæsar. Contard. vbi proximê, & post eum Cagnolum, Purpurat. & alios idem tenet Menoch. en nuestros proprios terminos, cons. 366. incipit, *In primo dubio*, numer. 1. & 4. lib. 4. donde se trataua de vna excepcion de iligitimidad que se auia opuesto, y resuelue, quòd in illo casu non debet admitti remedium diffamationis propositum, ex d. l. diffamari, vt patet ibi: *Cum remedium*

*medium hoc cesset quando diffamator habuit iustam causam.*Et ibi:*Quod quando nulla culpa potest imputari diffamatori, qui præsumptione, atque ita iustam causam habuit ita diffamandi, conueniri nõ potest eo remedio.d.l.diffamari.*

Tampoco el dicho don Francisco puede valerse del remedio de la l.si contendat,de fideiussorib. porq̃ este text.habla quando el deudor tiene contra su acreedor excepcion que oponer contra la deuda, y quiere que se declare que le compete esta excepciõ, obligando al acreedor a que exhiba su credito, y cõfessandose deudor.Y en el juyzio q̃ por aquella ley se intenta,no se declara que el actor no tiene actiõ, sino se declara reo exceptionem competere, vt per Alexandrũ in d. l.si finita.§. eleganter. numero.26. ff.de damno infecto,Molina de primogen.lib. 3. capit.14.num.22.Francisc.Sarm.lib.1.Selectar.c.2.nu. 13.Lo qual es muy diferente remedio del que ha intentado el dicho don Francisco,pues pide que la dicha doña Ana sea condenada â ponerle la dicha demanda, porque se jacta que tiene derecho al dicho mayorazgo.

Y de admitirse en el caso presente la dicha demanda de jactancia,que tiene tan particulares circunstãcias iuris notissima principia corrumpuntur, cum ordo & natura iudiciorũ subuertatur, aperiaturque via a vna malicia y traça tan afectada por el dicho dõ Francisco,pues està en la tenuta y possession del dicho mayorazgo,y que ninguna perturbacion della se le causa por vsar la dicha doña Ana de su derecho, para obtener in petitorio, que es el que absorbit iudicium possessionis.Quamobrem est in potestate ipsius D.Annæ actricis,quando vellit experiri, vsando

de la reſeruacion que por la ſentencia de tenuta, ſe le dexò.l.qui in alterius.ff.de reg.iur.&quia actor nemo inuitus agere compellitur.l.vnica.C.vt nemo inuitus.l.creditor.C.de pignorib. alioquin magis pati, quám agere diceretur.

Ex quibus conſtat de la juſticia de la dicha doña Ana. Salua,&c.

El Licenciado don Franciſco de la Cueua y Silua.